

ENSAYOS

LOS PROBLEMAS DE LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS DE LA COMUNIDAD ANDINA EN COLOMBIA: EL CASO DE LA CUOTA DE PANTALLA

*The problems of the
telecommunications services
liberalization: the case of minimum
percentage of programming*

JORGE RICARDO PALOMARES*

Universidad Santo Tomás
Bogotá, Colombia

RESUMEN: El presente artículo pretende hacer un análisis de la situación actual de la televisión colombiana en materia de regulación de los porcentajes mínimos de programación o cuota de pantalla que, actualmente, constituye una de las discusiones más álgidas en la legislación colombiana, debido al conflicto que existe entre los intereses nacionales, la normativa andina en materia de liberalización y la aprobación de tratados de libre comercio que ha celebrado Colombia con otros países, especialmente con Estados Unidos.

* Abogado, *Legum Magister* de la Universität Konstanz, Doctorando en Derecho de la Universität Konstanz, Docente-Tutor de la Maestría en Derecho Público y de la Maestría en Gobernabilidad y Democracia de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, Investigador del proyecto "Globalización del Derecho Privado", Universidad Santo Tomás Bogotá – GIZ.
Artículo recibido el 17 de abril de 2012 y aprobado el 17 de enero de 2013.

PALABRAS CLAVE: Cuota de pantalla – Ley n° 182 de 1995 – Comunidad Andina de Naciones – liberalización del servicio de las telecomunicaciones – tratados de libre comercio

ABSTRACT: This article analyze the current situation in Colombian television regulation about a minimum percentage of programming, that currently is one of the most important discussions in the Colombian law, due to the conflict between national interests, the Andean norms about liberalization and adoption of Free Trade Agreement that Colombia has with other countries, especially with United States of America.

KEY WORDS: Minimum percentage of programming – Law n° 182 of 1995 – Andean Community – telecommunications services liberalization – Free Trade Agreements

INTRODUCCIÓN

La Comunidad Andina y su vigencia han vuelto a ser un tema de discusión en Colombia. A finales del mes de enero de 2012, finalizó la suspensión del plazo del levantamiento de medidas restrictivas en materia de comercio intrasubregional de servicios, especialmente en telecomunicaciones y televisión. Una de las medidas a levantar es la relativa a los porcentajes mínimos de emisión de programación nacional, o conocida también como cuota de pantalla, a fin de permitir una mayor participación de la programación de producción andina en la televisión colombiana. Cumplido la suspensión, la Comisión Nacional de Televisión presentó un paquete de alternativas, las cuales fueron puestas a consideración del sector de la televisión y consagraban la alternativa de permitir una mayor participación de los países miembros de la Comunidad Andina. La propuesta, sin embargo, debió someterse a dos situaciones. La primera de ellas, consistió en la fuerte crítica que recibió por parte de la prensa, para la cual, atender a los intereses de la Comunidad Andina es contrario a los intereses del Estado colombiano y, por tanto, éste debería oponerse a las recomendaciones que hace aquella.¹ Por otro lado, mientras se discutía al interior de la Comisión Nacional de Televisión los porcentajes mínimos de emisión de programación nacional, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos fue aprobado y los Ministerios de Industria, Comercio y Turismo, de Relaciones Exteriores y de Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones, presentaron

¹ Véase artículo “Cuidado con la CAN”, *El Espectador*, 5 febrero 2012, disponible en <<http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-324927-cuidado-can>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

un proyecto de ley², mediante el cual, siguiendo las observaciones de Estados Unidos, se modifica el porcentaje mínimo de emisión de programación nacional a favor de Estados Unidos, dejando en duda la prevalencia que le da el Estado Colombiano a los distintos tratados de libre comercio, así como al proceso de integración del cual hace parte.

Por tanto, el presente artículo tiene como finalidad, responder a la cuestión sobre cuál es el tratamiento de la cuota de pantalla en Colombia y como ésta, a partir del concepto de liberalización de servicios, ha sido discutido en el escenario del proceso de integración regional y de los tratados de libre comercio. Para ello, se analizará inicialmente si es posible argumentar una libre competencia plena en materia televisiva o si, por el contrario existen límites para ella y si la cuota de pantalla puede ser entendida como uno de ellos (I); posteriormente, se analizará como la cuota de pantalla, como límite, ha sido considerada como un obstáculo para la consecución del proceso de integración andino y de los tratados de libre comercio, a través de la figura de liberalización de servicios (II) y de la “lista negra” de la Comunidad Andina (III); por último, se presentará tanto la propuesta de la Comisión Nacional de Televisión sobre el levantamiento de la Cuota de Pantalla, así como el proyecto de ley sobre implementación del Tratado de Libre Comercio, y las implicaciones de cada una de estas acciones del Gobierno (IV).

I. LA LIBRE COMPETENCIA Y LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN

Con la Constitución de 1991 (en adelante ConstPol), se estableció que el mercado colombiano se caracteriza por una libre competencia, es decir, toda persona puede competir libremente y en igualdad de condiciones en los distintos sectores del mercado. El art. 333 de la ConstPol consagra que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común y, para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La Corte Constitucional (en adelante CortConst) ha entendido por libre competencia cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada y de otras prácticas restrictivas que dificulten

² Revisar Proyecto de Ley n° 201 de 2012, *por medio del cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del acuerdo de promoción comercial suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su protocolo modificadorio, en el marco de la política de comercio exterior e integración económica*, disponible en <<http://www.senado.gov.co/az-legislativo/proyectos-de-ley?download=574%3Apl-201-12-implementacion-tlc-con-ee.uu>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

el ejercicio de una actividad económica.³ Igualmente la CortConst ha sostenido que el Derecho a la libre competencia no sólo garantiza el derecho a participar en igualdad de condiciones de empresarios en el mercado, sino que también consagra el deber de impulsar y promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posición dominante que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo.⁴

Sin embargo, la libre competencia no es un derecho sin restricción alguna, sino que, por el contrario, la Constitución lo ha limitado en algunos aspectos. Así, el art. 333 incisos 2 y 3 de la ConstPol consagra que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y que la ley determinará su alcance cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación. Un primer límite a la libre competencia se encuentra en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, las cuales, conforme al art. 335 de la ConstPol, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno (...). Un segundo límite a la libre competencia se encuentra en los servicios públicos, los cuales, conforme al art. 365 inc. 1º de la ConstPol, son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber del mismo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Dentro del conjunto de servicios públicos protegidos constitucionalmente, se encuentra la televisión.⁵ De acuerdo al art. 1º inc. 1º de la Ley 182 de 1995 (en adelante LServpúbTv⁶), la televisión, como parte del servicio de telecomunicaciones⁷, es un servicio público sujeto a titularidad, reserva, control y regulación del Estado pues, como lo ha explicado la CortConst, la televisión es un bien comunitario, esencial para garantizar a la sociedad la permanente apertura de un proceso de comunicación que vivifique la Democracia y la cultura y que sea autónomo respecto de los centros de poder económico y político.⁸ Al ser un servicio público que dinamiza el proceso democrático gracias a la apertura del proceso de comunicación, es de cuestionarse sobre cuáles son los límites que el Estado, en ejercicio de regulación, control y vigilancia de los servicios

³ CortConst: Ley n° 555(2001, sentencia n° C-815), Ley n° 671(2002, sentencia n° C-369).

⁴ CortConst, Ley n° 555(2001, sentencia n° C-815).

⁵ SEBA y GONZÁLEZ (2004) p. 32.

⁶ Ley n° 182 de 1995.

⁷ CortConst, Ley n° 680(2003, sentencia n° C-654), SEBA y GONZÁLEZ (2004) p. 30.

⁸ CortConst, Ley n° 182(1996, sentencia n° C-093).

públicos conforme al art. 365 inciso 2° de la ConstPol, puede imponer a la libre competencia en el sector de la televisión.

Para la imposición de límites al servicio público de televisión la CortConst ha tenido en cuenta algunos aspectos. Por un lado, la participación en el mercado de la televisión no sólo está enmarcado dentro del derecho a la libertad de competencia, sino ante el Derecho Fundamental de fundar medios masivos de comunicación libremente, conforme al art. 20 inciso 1° de la ConstPol.⁹ Por otro lado, el ejercicio del Derecho Fundamental a fundar medios masivos de comunicación, en concreto de televisión, encuentra un límite en el uso del espectro electromagnético, el cual es un bien de uso público que, conforme al art. 75 inciso 1° de la ConstPol, y está sujeto a la gestión y control del Estado. Bajo estas consideraciones, la CortConst sostiene que, si bien se está ante un derecho fundamental, el uso del espectro electromagnético no puede realizarse por los particulares sin limitación alguna pues el ejercicio de este derecho en cuestión de la utilización de un bien público no es libre y requiere por consiguiente, de la gestión y control estatal, con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades inherentes al servicio público de televisión.¹⁰ La cuestión es, entonces, cuáles tipos de limitación puede establecer el Estado y si la imposición de porcentajes mínimos de emisión de programación de producción nacional puede considerarse como una de ellos.

Para la CortConst, una primera limitación se encuentra en el acceso del mercado de la televisión como operadores. De acuerdo la CortConst, a diferencia de otros medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético¹¹ y, por tanto, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de la libertad de acceso.¹² Dicha restricción se ve reflejada en la imposición de requisitos de idoneidad moral, calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras, las cuales deben ser fijadas por el legislador.¹³ Bajo este criterio, el art. 35 de la LServpúbTv estableció que sólo podrán ser entendidas como prestadores de servicio de televisión, y por tanto hacer uso del espectro electromagnético, las personas jurídicas, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que utilizan directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por contrato o por una licencia.

⁹ CortConst, *Ley n° 680*(2003, sentencia n° C-654).

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ CortConst, *Ley n° 182*(1996, sentencia n° C-093).

¹² *Ídem*.

¹³ CortConst, *Ley n° 555* (2001 sentencia n° C-815).

Una segunda limitación, de carácter legal, consiste en los contenidos que pueden ser emitidos por los operadores de televisión. Si bien, de acuerdo al art. 29 inc. 2º de la LServpúbTv, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión (...), los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de la televisión. En este sentido, y en concordancia con otras normas, el Estado puede regular los contenidos, a fin de garantizar la protección de menores, la emisión de programas en determinados horarios, entre otros. Este control de contenidos, de acuerdo a la Corte Constitucional, es legítimo, pues el servicio público de la televisión está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales, y tiene por finalidad informar veraz y objetivamente, formar, educar, y recrear de manera sana, a fin de satisfacer las finalidades sociales del Estado.¹⁴

Una tercera limitación, también de carácter legal y no desarrollada directamente por la Corte Constitucional, consiste en el trato preferencial del artista o la producción nacional frente a la producción extranjera. De acuerdo al art. 29 inc. 2º de la LServpúbTv, una de las finalidades de la regulación de los contenidos será el fomento de la producción nacional y, por tanto, la producción de los porcentajes mínimos de emisión de producción nacional así como los límites porcentuales de inversión extranjera son, conforme a los arts. 33 y 34 de la LServpúbTv, restringidos. El legislador tuvo como fundamento que la televisión, además de ser un servicio público, debe ser tratada como patrimonio nacional¹⁵, especialmente porque una de las mayores deficiencias de nuestra cultura, radica en la falta de apreciación de nuestra historia, y en la mayoría de los casos, ocurre porque no se tiene una referencia de lo ocurrido en el pasado¹⁶ y, por tanto, es necesario, entre otros, impulsar y mantener el Archivo Nacional de obras videográficas.¹⁷ Asimismo, si la televisión es patrimonio cultural, se hace necesario que se transmitan, a través del fomento de la producción nacional, la transmisión de valores, cultura, tradiciones nacionales. Esta consideración, a saber, el trato preferencial del nacional sobre el extranjero, fue cuestionado en dos ocasiones, una ante el Consejo de Estado y otra ante la CortConst –aunque no sobre el tema de televisión–. Ante el Consejo de Estado fue cuestionado el Acuerdo 042 de 1988 de la Comisión Nacional de Televisión, mediante la cual se regulaba la restricción de participación de extranjeros a un porcentaje no superior al 10%. Para el demandante del Acuerdo 042 de 1988, el trato preferencial

¹⁴ CortConst, *Ley n° 680* (2003 sentencia n° C-654).

¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2000) p. 11.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

de nacionales constituía una violación del art. 100 de la Constitución Política de 1991, que consagra que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales, y del art. 13 de la ConstPol, que consagra el principio de la igualdad. Para el Consejo de Estado, sin embargo, el tratamiento preferencial de colombianos no constituye una violación a las disposiciones constitucionales, pues el art. 100 de la Constitución Política de Colombia faculta al legislador limitar el ejercicio de algunos derechos y que, en la legislación laboral, también existen restricciones en cuanto a la contratación laboral de extranjeros.¹⁸ La CortConst, en un caso sobre el artista nacional, analizó también si el trato preferencial a los nacionales constituía una violación a los arts. 13 y 100 de la ConstPol. Para la CortConst, si bien del art. 13 de la ConstPol consagra una igualdad entre los nacionales y los extranjeros ya que el precepto superior prohíbe establecer discriminaciones por razones de origen nacional, ello no significa que el legislador esté impedido para instituir determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen.¹⁹ En este caso, la justificación de un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros se refleja, por un lado en la promoción de la cultura y la difusión de los valores culturales de la nación, que constituyen objetivos superiores que deben ser atendidos por el Estado.²⁰ Por otro lado, sostiene la CortConst que, si la manifestación artística se hace a través de medios masivos de comunicación que impliquen el espectro electromagnético, la misma debe atender las reglas consagradas por la Constitución, en especial del deber del Estado de garantizar la protección del interés del mismo, en el cual puede entenderse también el interés cultural.²¹

En este sentido, y resumiendo, el Estado colombiano puede restringir, en materia de libertad de competencia en el sector de la televisión, en aquellos casos que se vea implicado la calidad del operador, los contenidos a emitir y la participación de la producción nacional. Sin embargo, este tercer límite ha tendido a cambiar debido a un fenómeno, fruto de los procesos de integración, y conocido como liberalización del servicio de la televisión.

¹⁸ Consejo de Estado, *Juan Carlos Gómez Jaramillo vs. Comisión Nacional de Televisión* (2001).

¹⁹ CortConst, *Proyecto de Ley n° 154* (2004 sentencia n° C-070).

²⁰ *Ídem.*

²¹ *Ídem.*

II. NORMATIVA ANDINA DE LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS Y DE SERVICIOS DE TELEVISIÓN

1. Generalidades de la liberalización de servicios, en especial de la Comunidad Andina

El proceso de liberalización es uno de los aspectos esenciales del comercio internacional actual así como uno de los pilares de los procesos de integración, y abarca dos dimensiones concretas: la liberalización de bienes y la liberalización de servicios. La primera dimensión comprende el levantamiento de medidas restrictivas, arancelarias y no arancelarias, del comercio de mercancías entre distintos países. La liberalización de servicios, por otra parte, consiste en el levantamiento de medidas restrictivas en la prestación de servicios, tales como los profesionales, de telecomunicaciones, comerciales, de transporte terrestre, entre otros.²² El levantamiento de medidas, tanto en el proceso de liberalización de bienes como de servicios, se refleja en el diseño de cláusulas en tratados internacionales, que obligan a las partes firmantes a tener un trato nacional hacia los ciudadanos de los demás países, prohíben la expedición de normas nacionales de carácter discriminatorio, entre otros. Por ejemplo, el art. 3.03 No. 1 del Tratado del Grupo de los Tres (G-3) consagra que cada parte otorgará trato nacional a los bienes de otra parte de conformidad con el art. III del GATT, disposición que también fue incluida en el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile en su art. 3.1.

Uno de los procesos de liberalización que, sin embargo, debe ser visto con especial preferencia, es el constituido por la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), debido a una doble connotación. Por un lado, la CAN ha sido, desde lo histórico y lo institucional²³, el proceso de integración suramericana con una participación activa de Colombia²⁴ y, si bien ha tenido problemas de índole político y de alcance de ciertas metas propuestas²⁵, la misma ha alcanzado metas interesantes en materia de protección de la propiedad intelectual, en transporte terrestre²⁶ en sus distintas modalidades, en materia de seguros e incluso en materia de derechos humanos y democracia. Por otro lado, marcó de liberalización de servicios de la CAN constituye, actualmente, un tema de discusión interesante en materia de liberalización de servicios, especialmente en servicios de telecomunicaciones y, en concreto, de televisión.

²² VILLAMIZAR (2000) p. 27.

²³ FUENTES (2006) p. 363.

²⁴ PALOMARES (2012) pp. 144 y s.

²⁵ BUSTOS (2010) pp. 1 y ss.

²⁶ FUENTES (2006) p. 362.

Para el Tribunal de Justicia de la CAN, la suspensión de los aranceles en el comercio intracomunitario no es suficiente para alcanzar un mercado único, una de las etapas del proceso de integración y espacio donde la circulación de mercancías, servicios, personas y capitales²⁷, y por tanto, la conformación del mercado común requiere una política exterior única, así como políticas comunitarias comerciales, sociales, de desarrollo fronterizo y de integración física, que permitan una cohesión gradual de los mercados y territorios nacionales.²⁸ En este sentido, el Acuerdo de Cartagena²⁹ se estructuró de forma tal, que estableciera un conjunto de metas, acciones y programas, orientados a alcanzar no sólo el levantamiento de medidas arancelarias, sino también a la obtención de espacios de libre circulación de bienes y servicios. Así el art. 1 inc. 1º del Acuerdo de Cartagena establece como uno de los objetivos facilitar a los países miembros de la CAN la participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano, meta que, de acuerdo al art. 3 lits. d) y h), se alcanzará a través de mecanismos y medidas tales como un programa de liberación de intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo de 1980, así como programas en el campo de liberalización de servicios y la liberalización del comercio intrasubregional de servicios. La cuestión es, sin embargo, cómo estos programas se hacen concretos en el accionar de la Comunidad Andina.

2. El marco general de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios (Decisión 439 de 1998)

Para alcanzar los objetivos propuestos en la CAN, especialmente en el área de servicios, el art. 3º lit. h) del Acuerdo de Cartagena estableció como mecanismo, programas en el campo de servicios y la liberalización del comercio de servicios. El programa de liberalización de servicios, de acuerdo al art. 79 del Acuerdo de Cartagena, está a cargo de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones³⁰ (en adelante ComCAN), quien, a propuesta de la Secretaría General de la Comunidad Andina y mediante la expedición de Decisiones conforme a los arts. 33 y ss. de la Decisión 471 de 1999, aprobará un marco general de principios y normas para lograr la liberalización del comercio intrasubregional

²⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *CAN vs Venezuela* (1999, sentencia de acción de incumplimiento 0046-AI-1999).

²⁸ *Ídem.*.. Fundamento similar ha tenido la Unión Europea para argumentar la necesidad de promover un proceso de liberalización del mercado de servicios en el mercado común (o interior) europeo. Para ello *vid.* MONTERO (2007) pp. 44 y ss.

²⁹ Tratado Internacional que dio vida al Pacto Andino, hoy conocido como Comunidad Andina de Naciones, cuyo objetivo es la creación de un Bloque de integración con un espacio intrasubregional que garantiza el libre tránsito de bienes, personas y capital, así como metas conjuntas para la región.

³⁰ TANGARIFE (2002) p. 91.

de servicios, aplicable en todo territorio de un país miembro que cuente con la presencia de consumidores, empresas prestadoras de servicios y personas naturales de cualquier Estado miembro, según el art. 80 del Acuerdo de Cartagena.

En virtud de los arts. 3, 11, 55, 79 y 139 del Acuerdo de Cartagena, así como del X Consejo Presidencial Andino, la ComCAN profirió la Decisión 439 de 1998 (en adelante Dec. 439/98), la cual determina el marco general de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina, y cuyo objetivo general es, conforme al art. 1 de la Dec. 439/98, establecer un conjunto de principios y normas para la liberalización progresiva del comercio intrasubregional de servicios, a fin de alcanzar la creación del mercado común andino de servicios, mediante la eliminación de las medidas restrictivas al interior de la Comunidad Andina.³¹ El ámbito de aplicación material del marco general son, según el art. 4 de la Dec. 439/98, todas aquellas medidas adoptadas por los países miembros, que afecten el comercio de servicios, en todos los sectores y en los distintos modos de suministro, tanto las provenientes del sector público, central, regional o local como las provenientes de aquellas entidades delegadas para ello. Este ámbito de aplicación encuentra, sin embargo, dos excepciones, una de carácter parcial y otra de carácter pleno. En aquellos sectores sometidos a decisiones ya existentes –es decir, que no se encuentran en trámite, sino que ya fueron expedidas y vigentes–, serán aplicables conforme al art. 5 de la Dec. 439/98, las normas contenidas en tales decisiones, siendo las normas del marco general de carácter supletorio. Por el contrario, la Decisión no será aplicable, de acuerdo al art. 4 inc. 1º de la Dec. 439/98, a los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales, ni a las medidas relacionadas con los servicios de transporte aéreo³², según el art. 4 inc. 3º de la Dec. 439/98. Los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales son, según el art. 2 de la Dec. 439/98, aquellos que el Gobierno o las entidades públicas de cualquiera de los países miembros suministren en condiciones no comerciales, ni en competencia con uno o varios prestadores de servicios, incluyendo las actividades realizadas por un banco central o una autoridad monetaria y cambiaria o por cualquier otra entidad pública.

Por medidas adoptadas por los países miembros se entiende, conforme al art. 2 de la Dec. 439/98, cualquier disposición sea en forma de ley, decreto, resolución, reglamento, regla, procedimiento, norma administrativa, o en cualquier otra forma, adoptada o aplicada por los países miembros. Dichas medidas pueden, según el art. 3 de la Dec. 439/98, provenir del sector central, regional o local, así como de las entidades facultadas para la expedición de medidas.

³¹ GUTIÉRREZ (2008) p. 37.

³² *Ídem*, p. 38.

Quedan excluidas del concepto de medidas, sin embargo, todas aquellas medidas que, conforme al art. 11 de la Dec. 439/98³³, sean necesarias para: a) proteger la moral o preservar el orden público; b) proteger la vida o la salud de las personas, animales y los vegetales y preservar el medio ambiente; c) proteger los intereses esenciales de la seguridad nacional; d) garantizar la imposición o recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos de los servicios o prestadores de servicios de los países miembros (...); e) aplicar disposiciones destinadas a evitar la doble tributación contenidas en acuerdos internacionales suscritos por los países miembros (...) y; f) lograr la observancia de leyes y reglamentos relativos a la prevención de prácticas que induzcan al error y de prácticas fraudulentas (...), la protección de la intimidad de los particulares (...) y la seguridad pública.

En el caso colombiano, el ámbito de aplicación material abarcaría, entre otras, las siguientes: a) a nivel central, las leyes expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de sus facultades, conforme al artículo 150 de la ConstPol; b) a nivel central en virtud del art. 38 de la Ley 489 de 1998, los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para el cumplimiento de las leyes, expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades reglamentarias consagradas en el art. 189 de la Constitución Política de 1991; c) a nivel nacional, según el art. 3° de la LServpúbTv, los acuerdos, resoluciones y circulares expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, en ejercicio de las funciones consagradas en el art. 5 lits. a) y e) de la ley 182 de 1995; d) a nivel central, según el art. 38 num. 1 lit. d) de la ley 489 de 1998, las normas expedidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones y ; e) a nivel central, sector descentralizado por servicios según el art. 38 num. 2 lit. c), las normas expedidas por las Superintendencias.

Los beneficiarios o sujetos de protección del marco general, de acuerdo al art. 23 de la Dec. 439/98, son dos. El primer sujeto protegido, conforme al art. 23 num. 1° de la Dec. 439/98, es toda aquella persona natural o física con residencia permanente en cualquiera de los países miembros, de acuerdo con las regulaciones nacionales respectivas, es decir, el marco general no tiene en cuenta la nacionalidad de la persona, sino que protege también al extranjero, siempre y cuando éste tenga el título de residencia permanente. El segundo sujeto protegido, según el art. 23 num. 2° de la Dec. 439/98, es toda persona jurídica constituida, autorizada o domiciliada, con arreglo a la legislación nacional, en cualquiera de los países miembros y que efectivamente realicen operaciones sustanciales en el territorio de cualquiera de éstos. Asimismo, el art. 23 num. 3° de la Dec. 439/98 establece que toda persona natural o jurídica, que cumplan con los requisitos del art. 23 nums. 1° y 2° de la Dec. 439/98 y que realice suministro

³³ *Ídem.*, p. 43.

de servicios transfronterizos, será protegidos sólo en aquellos servicios que se produzcan directamente desde el territorio de alguno de los países miembros.

La principal garantía que gozan los prestadores de servicios protegidos por el art. 23 de la Dec. 439/98, es el otorgamiento de un libre acceso al mercado. Según el art. 6 de la Dec. 439, cada país otorgará a los servicios y prestadores de servicios de los demás países, acceso a su mercado, a través de cualquiera de los modos de prestación establecidos en el art. 2 de la Dec. 439/98, a saber, pago o utilización, suministro y presencia comercial. Para garantizar el acceso al mercado, los países miembros deberán, conforme al art. 15 inc. 1º de la Dec. 439/98, levantar gradual y progresivamente las medidas restrictivas. Para ello, los países miembros elaborarán, según el art. 14 de la Dec. 439/98, un inventario de medidas restrictivas, las cuales deberán ser levantadas, de acuerdo al art. 15 inc. 3º de la Dec. 439/98, a más tardar en el 2005.

Las normas contenidas en la Dec. 439/98, empero, no fueron cumplidas en los plazos establecidos.³⁴ Ninguno de los países miembros cumplió con el plazo de expedición del inventario de medidas restrictivas, por lo que, después de varias prórrogas ofrecidas por la CAN, la ComCAN, mediante la Decisión 510 de 2001 (en adelante Dec. 510/01), adoptó el inventario de medidas restrictivas o contrarias al acceso al mercado.³⁵ Dichas medidas debían ser levantadas progresivamente a partir de los dos meses de entrada en vigencia del inventario, conforme al art. 6 de la Dec. 510/01. El proceso de liberalización de medidas debió finalizar, según el art. 15 inc. 3º de la Dec. 439/98, en el 2005, sin embargo, dicha meta tampoco fue lograda y se requirieron nuevas Decisiones, a fin de ajustarse a nuevos plazos. En este sentido, el art. 1 de la Decisión 629 de 2006³⁶ suspendió el plazo de levantamiento de las medidas restrictivas, mientras que un grupo ad hoc presentase, conforme al art. 2 de la Decisión 629 de 2006 y a más tardar antes de mayo de 2006, una propuesta de liberalización o armonización de normas sectoriales. Hecha dicha propuesta, el art. 1 la Decisión 634 de 2006 estableció como nuevo plazo para la expedición de normas de armonización o liberalización, el mes de noviembre de 2006. En caso de no cumplirse el plazo y de llegar al 30 de septiembre de 2007 sin la expedición de normas de liberalización o armonización, los principios y normas de la Dec. 439/98 serían directamente aplicables, sin embargo, para garantizar la efectividad de la aplicación directa del marco general, la Comisión de la Comunidad Andina expidió la Decisión 659 de 2006, en la cual, además de retomar el plazo de la Decisión 634 de 2006, se incorporaron nuevas disposiciones de liberalización,

³⁴ *Ídem.*, p. 43.

³⁵ *Ídem.*, p. 45.

³⁶ *Ídem.*, p. 44.

más concretas que las consagradas en la Dec. 439/98 y destinadas a ciertos sectores, entre los cuales se encuentra la televisión.

3. Normativa andina en materia de liberalización del servicio de televisión (en especial la cuota de pantalla)

Si bien la Dec. 439/98 establece criterios generales para la liberalización del comercio de servicios, la misma no consagra criterios o lineamientos particulares para el levantamiento de medidas restrictivas en cada subsector, especialmente en el servicio de la televisión. La ausencia de normas particulares se debe, básicamente, a dos situaciones. Por un lado, la Dec. 439/98 se pensó, originalmente, como un instrumento marco que permitiese la expedición normas concretas en cada subsector y, en caso de existir ya, de servir supletoriamente a cada uno. Por otra parte, la Dec. 439/98 había optado por dejar un mayor margen de discrecionalidad estatal, al permitir que cada país miembro identificase las medidas restrictivas y las levantase de acuerdo a un plan nacional armónico con la normativa andina.

Sin embargo, el carácter general de la Dec. 439/98 no significa que no hayan existido, posterior a su expedición, normas que tocasen subsectores concretos, como el de la televisión. La Comisión de la Comunidad Andina expidió tres Decisiones, las cuales regularon, entre otros, el tema de las telecomunicaciones y, en especial, de la televisión. La primera norma expedida por la ComCAN fue la Decisión 462 de 1999³⁷, que en su art. 6 estableció que los servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina se desarrollan bajo un régimen de liberalización e integración, mediante la eliminación de medidas restrictivas. Para tal efecto, el art. 9 de la Decisión 462 de 1999 determinó que los países miembros se comprometiesen a facilitar la provisión de servicios en su territorio a los proveedores andinos del servicio de las telecomunicaciones que lo hayan solicitado conforme a las disposiciones contenidas en la misma Decisión. Asimismo, el art. 28 de la Decisión establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en la Decisión 285, cada país miembro adoptará o mantendrá medidas adecuadas con el fin de impedir prácticas anticompetitivas por parte de los proveedores que presten el servicio de telecomunicaciones.

La segunda norma es la Dec. 510/01, la cual, si bien no incorpora normas de levantamiento de medidas restrictivas en subsectores concretos, determinó cuáles son las medidas nacionales que, hasta el momento, constituían –y constituyen actualmente– restricciones en el comercio de servicios, incluyendo las telecomunicaciones. Dicha identificación se hizo, de acuerdo al art. 2 de la Dec.

³⁷ GUTIÉRREZ (2008) p. 49.

501/01, a través de una lista negativa, que se orienta en la clasificación sectorial de la OMC de 1991. En dicho listado se muestra que, en materia de telecomunicaciones y televisión, Colombia tiene 10 medidas restrictivas –una de las cuales será vista en el punto III–. Es la Decisión 659 de 2006 (en adelante Dec. 659/06) la encargada de establecer tres tipos de medidas concretas en materia de liberalización del servicio de televisión.³⁸ La primera medida, consagrada en el art. 6 inc. 1º de la Dec. 659/06, consiste en permitir la inclusión de otros países miembros de la CAN en servicios de radio y televisión. Para ello, el art. 6 inc. 1º de la Dec. 659/06 determinó que la participación mínima de los inversionistas andinos será del 40% del capital social de la empresa proveedora de servicios de radio y televisión. La segunda medida establece que, según el art. 6 inc. 3º de la Dec. 659/06, los países miembros podrán mantener transitoriamente la exigencia a los prestadores de servicio de televisión abierta nacional, de emitir porcentajes mínimos de programación nacional, sin embargo, los países miembros trabajarán con miras a la liberalización progresiva de estas medidas, con el objeto de consagrar un trato preferencial a nivel andino. La tercera medida, contenida en el art. 6 inc. 5º de la Dec. 659/06, prohíbe el establecimiento de nuevas medidas que incrementen el trato restrictivo a los proveedores de los demás países miembros.

III. LA CUOTA DE PANTALLA COLOMBIANA Y LA VIOLACIÓN DE NORMATIVA ANDINA DE LIBERALIZACIÓN DE LA TELEVISIÓN

1. La cuota de pantalla en la legislación colombiana (Ley n° 182 de 1995)

Previo a la expedición de la Dec. 439/98 y de la Dec. 510/01, el art. 33 de la LServpúbTv establecía una cuota de pantalla con participación nacional en dos modalidades. Una primera modalidad, consagrada en el art. 33 inc. 1º lit. a) de la LServpúbTv y destinada a los canales nacionales y zonales, clasificaba los porcentajes mínimos de emisión por horarios de audiencia. Así, el art. 33 inc. 1º lit. a) de la LServpúbTv establecía cinco horarios con porcentajes mínimos de emisión, a saber: a) de las 0.00 a las 10.00 horas, el 100% de la emisión era libre, es decir, no habrá un porcentaje mínimo de emisión de programación nacional obligatorio; b) de las 10.00 a las 14.00 horas, la programación de producción nacional era del 55%; c) de las 14.00 a las 19.00 horas, la emisión de programación nacional era del 40%; d) de las 22.30 a las 0.00 horas, la emisión de producción nacional era del 55% y; e) de las 19.00 a las 22.30 horas, horario conocido como triple A, la emisión de programación de producción nacional era del 70%. Asimismo, el horario triple A, durante los sábados, domingos y festivos, contaba con una emisión de programación de producción nacional del

³⁸ *Ídem.*, p. 66.

60%. La segunda modalidad, destinada a los canales regionales y estaciones locales conforme al art. 33 inc. 1° lit. B) de la LServpúbTv, establecía que el porcentaje mínimo de emisión de programación de producción nacional era del 50%. Por producción nacional se entendía, conforme al art. 33 inc. 2° lit. a) de la LServpúbTv, aquella de cualquier género realizadas en todas sus etapas por personal artístico y técnico colombiano, con la participación de actores nacionales en roles protagónicos y de reparto. Los extranjeros podían participar en la producción nacional siempre y cuando se cumpliesen dos requisitos, consagrados en el art. 33 inc. 2° lit. a) de la LServpúbTv, a saber: a) que la participación de actores extranjeros no exceda el 10% del total de los roles protagónicos y; b) que la normatividad del país de origen del extranjero permita la contratación de artistas colombianos.

El art. 33 de la LServpúbTv fue modificado en dos ocasiones, sin embargo, las mismas no se orientaron a la alteración de los porcentajes mínimos de programación, sino hacia el significado de producción nacional. La primera modificación, realizada por el art. 6° de la Ley 335 de 1996, eliminó el porcentaje de participación de artistas extranjeros (de un 10%) en la producción nacional y determinó que la participación de los mismos se permitirá, siempre y cuando la normatividad del país de origen del artista extranjero permita la contratación de colombianos. La segunda modificación, hecha por el art. 4° de la ley 680 de 2001, retomó el porcentaje de participación extranjera no superior al 10%. Asimismo, el art. 4° de la Ley 680 de 2001 estableció que los porcentajes mínimos de emisión de programación de producción nacional serán revisados trimestralmente por la Comisión Nacional de Televisión y, en caso de ser violados dichos porcentajes, la Comisión Nacional de Televisión podrá imponer sanciones, que pueden ser, conforme al art. 33 inc. 3° de la LServpúbTv, la suspensión del servicio por un período de tres a cinco meses o la declaratoria de caducidad de la concesión, sin perjuicio de las acciones judiciales a las que haya lugar.

2. La regulación colombiana de cuota de pantalla y la “lista negra andina” de la Decisión 510 de 2001

La cuestión que surge de la lectura de las normas andinas en materia de liberalización del comercio de servicios y de la normativa colombiana en materia de emisión de programación en canales de televisión nacional, regional y local, es si la cuota de pantalla colombiana, establecida en el art. 33 de la LServpúbTv y en la normativa expedida por la Comisión Nacional de Televisión, constituyen una violación directa a las Decisiones 439 de 1998, 462 de 199, 510 de 2001 y 659 de 2006, y, por tanto, se constituye también en una medida restrictiva en el comercio de servicios de telecomunicaciones, en especial de televisión. Esta cuestión se acentúa si se tiene en cuenta que el art. 33 de la LServpúbTv ha

sido modificada en dos ocasiones, pero ninguna de ella abordó el tema de los porcentajes, sino que modificó el contenido del término producción nacional.

Una alternativa, a la luz de las disposiciones andinas, consiste en la no existencia de una contradicción entre la legislación nacional sobre cuota de pantalla y la normativa andina sobre la liberalización de servicios, especialmente relacionadas con telecomunicaciones y televisión. El fundamento de esta respuesta descansaría en una interpretación amplia del art. 33 inc. 2º lit. a) de la LServpúbTv. Dicha interpretación consistiría en entender, dentro del concepto de producción nacional, los términos *origen nacional*, *personal técnico y artístico colombiano* y *actores nacionales* bajo un contexto andino, es decir, que los términos nacional/es y colombiano se entiendan como todos los ciudadanos de los países miembros de la Comunidad Andina. De acuerdo a esta interpretación, los porcentajes mínimos de emisión de programación de producción nacional cubrirían no sólo a las producciones hechas en Colombia, sino también en países como Bolivia, Ecuador y Perú, y se entendería como personal extranjero todo aquella persona, cuya nacionalidad no corresponda a los países miembros de la Comunidad Andina, como los países europeos, asiáticos, entre otros. La ventaja de esta interpretación se vería reflejada en el seguimiento de las disposiciones de la Dec. 439/98, en especial del art. 8 de la Decisión, el cual establece que se les otorgará a los servicios y prestadores de servicios de los demás países miembros, un trato no menos favorable que el concedido a sus propios servicios o prestadores de servicios similares.

Esta respuesta, sin embargo, no ha sido aceptada por distintas razones. Por una parte, la interpretación amplia del concepto iría, en principio, contra el tenor literal de la LServpúbTv, la cual hace una diferenciación expresa entre nacionales y extranjeros, la cual podría implicar que existiesen producciones con una participación de un país andino y un porcentaje extranjero, excluyendo así la participación de nacionales colombianos y atentando contra los derechos objeto de protección por parte de la LServpúbTv. Por otra parte, desde la experiencia reglamentaria e interpretativa de la Ley 182 de 1995, no ha existido decisión alguna hasta el momento, que entienda los términos *nacional/es* y *colombianos* bajo un contexto andino. La Comisión Nacional de Televisión, a través de sus circulares y acuerdos, no hace una interpretación amplia ni distinción especial entre colombianos, “ciudadanos andinos” y extranjeros, sino que, ciñéndose al tenor literal del art. 33 de la LServpúbTv, mantiene las expresiones, nacional y extranjero. Por ejemplo, la Comisión Nacional de Televisión, en los num. 1 y 6 de la Circular 20 de 2002, no hace una distinción entre los ciudadanos de los países miembros de la Comunidad Andina y los demás extranjeros, sino que se limita a recordar el obligatorio cumplimiento de los porcentajes de emisión de programación de producción nacional, así como la obligación de verificar la reciprocidad de contratación de artistas extranjeros, es decir, que el país de

origen del artista extranjero permita la contratación de nacionales. Asimismo, el num. 8 del Concepto 041 de 2010 de la Comisión Nacional de Televisión no hizo distinción alguna entre ciudadanos miembros de la Comunidad Andina, colombianos y extranjeros.

Sin embargo, el principal argumento que descarta la idea de una interpretación amplia y, por tanto, de una no violación de las normas andinas en materia de liberalización de servicios de telecomunicación y de televisión, es la Decisión 510/01. Como se mencionó anteriormente, el objetivo de la Dec. 510/01 no fue la incorporación de normas concretas en materia de liberalización de servicios, sino la presentación de la “lista negra” de medidas nacionales restrictivas de la liberalización del comercio de servicios. En dicha lista, se identificaron 10 medidas colombianas como restrictivas del proceso de liberalización en materia de telecomunicaciones y televisión, entre ellas, la cuota de pantalla. De acuerdo al ítem 31 del inventario de medidas restrictivas al comercio de servicios en Colombia, el art. 33 de la LServpúbTv, con la modificación hecha por el art. 6 de la Ley 680 de 2001, constituye una medida que restringe el acceso a los mercados, por impedir el acceso de prestadores de servicios de televisión –programaciones de origen andino– en los distintos horarios establecidos por la ley. Por otro lado, la “lista negra” de la Dec. 510/01 establece que el art. 33 de la LServpúbTv constituye también una violación al trato nacional, consagrado en el art. 8 de la Decisión 439 de 1998, al no concebir en la definición de producción nacional, aquellas producciones de origen andino.

Al ser la cuota de pantalla establecida por la LServpúbTv una violación de la Dec. 439/98, es de cuestionarse por qué hasta el momento, seis años después de la expedición de la Deci. 659/06, que establecía la obligación de liberalizar progresivamente los porcentajes de emisión, la cuota de pantalla colombiana se ha mantenido vigente. Diez meses después de la expedición de la Dec. 659/06 de la ComCAN, la misma ha expedido en un lapso de tres años, nueve Decisiones más, encargadas de prorrogar o suspender el plazo de liberalización de servicios financieros y de telecomunicaciones, en concreto de radio y televisión. A través de las Decisiones 676, 677, 681, 682, 683 y 687, la Comisión de la Comunidad Andina prorrogó los plazos de levantamiento de medidas restrictivas en materia de porcentajes de emisión –entre otras–. Por ejemplo, el art. 1 inc. 1º de la Decisión 687 de 2008 prorrogó el plazo establecido hasta julio 21 de 2008 consagrado en el art. 1 inc. 1º de la Decisión 683 de 2008, hasta el 21 de agosto de 2008. Asimismo, el art. 1 inc. 2º de la Decisión 687 de 2008 estableció que, si al cumplirse el plazo previsto en el art. 1 inc. 1º de la Decisión 687 de 2008, no se han aprobado las Decisiones a que se refieren los arts. 2 y 6 de la Decisión 659 de 2006, se aplicaría la liberalización dispuesta en el art. 6 de la Decisión 634 de 2006, es decir, que serán aplicables y exigibles a los sectores

financiero y de telecomunicaciones los principios y normas contemplados en la Decisión 439.

Los plazos consagrados en las Decisiones anteriores, especialmente el plazo contenido en la Decisión 687 de 2008, fueron suspendidos por las Decisiones 694 de 2008, 696 de 2008 y 718 de 2009. El art. 1 de la Decisión 718 de 2009, última Decisión expedida por la Comisión de la Comunidad Andina esta materia, determinó extender la suspensión de la liberalización del sector de servicios financieros y de la profundización de la liberalización de porcentajes mínimos de producción nacional hasta el 31 de diciembre de 2011. Tanto las prórrogas como las suspensiones de la liberalización de los porcentajes mínimos de emisión permitió que, si bien la cuota de pantalla consagrada en el art. 33 de la LServpúbTv fuese considerada como medida restrictiva, aquella mantuviese su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011. Finalizado este plazo, es de cuestionarse cómo actuará el Estado colombiano en materia de levantamiento de porcentajes mínimos de emisión de programación nacional, teniendo en cuenta que, por una parte, es necesaria una reforma legislativa que modifique los porcentajes mínimos de emisión de producción de televisión y, por otra parte, se requiere de modificaciones de los acuerdos expedidos por la Comisión Nacional de televisión que permitan la participación de la población andina en materia de producción de televisión. La iniciativa en torno a la posición que debe asumir el Estado colombiano en materia de porcentajes mínimos de emisión ha sido liderada por la Comisión Nacional de Televisión la cual, a finales del mes de marzo de 2012, propuso una tres alternativas, que serán presentadas en el siguiente punto (IV).

IV. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN EN MATERIA DE CUOTA DE PANTALLA

1. La propuesta de la Comisión Nacional de Televisión

La Comisión Nacional de Televisión, mediante comunicado del 27 de enero de 2012, inició el proceso de consulta al sector audiovisual colombiano acerca de la liberalización de la carga de producción nacional para los países miembros de la Comunidad Andina, teniendo en cuenta tres aspectos. El primer aspecto consiste en el proceso de liberalización dirigido por la Comunidad Andina desde la Dec. 439/98, en el cual está prevista el levantamiento progresivo de los porcentajes mínimos de emisión conforme al art. 6 inc. 3º de la Dec. 659/06. El segundo aspecto, de especial interés para la Comisión Nacional de Televisión, consiste en que la presidencia *pro-tempore* de la CAN y que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le ha solicitado opinión a la Comisión Nacional de Televisión. El tercer aspecto es la búsqueda de una participación activa del sector audiovisual colombiano en la toma de decisiones de la Comisión Nacional

de televisión, especialmente en la determinación sobre la cuota de pantalla, la cual afecta, básicamente, a la industria televisiva nacional.

Bajo estos aspectos, la Comisión Nacional de Televisión propuso tres alternativas sobre la implementación de un programa de liberalización de servicios. La primera propuesta, hecha directamente por la Secretaría General de la Comunidad Andina, presenta un levantamiento progresivo de los porcentajes mínimos de emisión de programación de producción nacional en un plazo de cuatro años. Dicho levantamiento no estaría encaminado a todos los horarios propuestos por el art. 33 de la LServpúbTv, sino únicamente al triple A, es decir, de 19.00 a 22.30 horas. En este sentido, la Comisión Nacional de Televisión propuso que el horario triple A tuviese una modificación en su porcentaje mínimo de emisión de programación nacional de la siguiente forma: a) un 70% durante el primer año de entrada en vigencia del nuevo régimen de liberalización; b) un 60% durante el año siguiente a la entrada en vigencia del nuevo régimen de liberalización; c) un 50% a partir del segundo año de entrada en vigencia del nuevo régimen de liberalización; d) un 40% a partir del tercer año de entrada en vigencia del nuevo régimen de liberalización y; e) un 30% a partir del cuarto de entrada en vigencia del nuevo régimen de liberalización.

La segunda propuesta, orientada en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos, consiste en establecer un porcentaje mínimo de emisión de 30% para sábados, domingos y festivos, sin afectar los demás horarios y porcentajes establecidos por la LServpúbTv. La adopción de esta medida implicaría una violación parcial de lo dispuesto en la Dec. 439/98 y en la Dec. 659/06. Si bien el art. 7 de la Dec. 439/98 establece que los servicios y prestadores de servicios de los países miembros gozarán de un trato no menos favorable que el concedido a los servicios o prestadores de servicios de cualquier otro país, sea miembro de la CAN o no, el art. 8 establece la obligación de otorgar un tratamiento no menos favorable que el otorgado sus propios servicios y prestadores de servicios. Esto significa, que si bien los servicios y prestadores de servicios provenientes de la Comunidad Andina gozarían, junto a los servicios y prestadores de servicios provenientes de Estados Unidos, un trato favorable por la reducción del porcentaje mínimo de emisión al 30% los días sábados, domingos y festivos, de las 10.00 a las 22.30 horas, el Estado colombiano estaría ignorando la obligación de trato nacional que gozan los servicios y prestadores de servicios andinos en los demás horarios, violando así el art. 8 de la Dec. 439/98. Asimismo, es necesario tener en cuenta que la alternativa propuesta por la Comisión Nacional de Televisión no es clara, pues sólo menciona que, como alternativa, se mantendrían las condiciones establecidas en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, mas no menciona si las condiciones estarían destinadas tanto a los servicios y prestadores de servicios

provenientes de Estados Unidos, como a aquello provenientes de los países miembros de la Comunidad Andina.

La tercera propuesta hecha por la Comisión Nacional de Televisión consiste aprovechar la Presidencia *pro-tempore*, a cargo de Colombia, para no promover la liberalización de la cuota de pantalla y esperar hasta el 2014. Esta propuesta, aunque beneficiaría a la producción televisiva nacional, tiene reparo en algunos temas. Por una parte, el no promover el levantamiento progresivo de los porcentajes mínimos de emisión de programación nacional constituye un acto manifiestamente contrario a los objetivos y programas de la Comunidad Andina de Naciones en materia de constitución de un mercado común andino, especialmente con los programas en el campo de la liberalización de servicios y la liberación del comercio intrasubregional andino, consagrado en el art. 3 inc. 1º lit. h) del Acuerdo de Cartagena. Por otra parte, la propuesta hecha por la Comisión Nacional de Televisión omite los compromisos que ha adquirido recientemente el Estado colombiano con el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, el cual consagra en su Cap. 11 Art. 11.2 Inc. 1 que cada parte otorgará a los proveedores de servicios de la otra parte un trato no menos favorable que el que le otorgue, en circunstancias similares, a sus proveedores de servicios.

Sin embargo, la propuesta de la Comisión Nacional de Televisión tiene un fundamento normativo legítimo. La Comisión de la Comunidad Andina ha otorgado progresivamente nuevos plazos y ha suspendido el último plazo hasta el 31 de diciembre de 2011, dichas determinaciones se han tomado dentro del plazo establecido por cada Decisión expedida. Por ejemplo, el plazo otorgado por la Comisión de la Comunidad Andina en la Decisión 687 de 2008 se tomó el 2 de julio de 2008, antes del vencimiento del plazo establecido por la Decisión 683 de 2008, a saber, el 28 de julio de 2008. Asimismo, la Decisión 718 de 2009, que suspendió por segunda vez el plazo establecido en la Decisión 687 de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, fue expedida el 8 de septiembre de 2009, un mes y doce días antes de la fecha límite de suspensión establecida por la Decisión 696 de 2009, a saber, el 20 de octubre de 2009. Igualmente, antes de la finalización del plazo de suspensión consagrado en la Decisión 718 de 2009, la Comisión de la Comunidad Andina expidió la Decisión 772 de 2011, en la cual, prorrogó la suspensión del plazo de levantamiento de los porcentajes mínimos de emisión de programación de producción nacional hasta el 31 de diciembre de 2014. Por tanto, el no promover el proceso de liberalización del servicio de televisión, al igual que las otras dos alternativas propuestas por la Comisión Nacional de Televisión, es legítima. Es de observar, entonces, cuál ha sido la alternativa asumida por la Comisión Nacional de Televisión.

2. La postura de la Comisión Nacional de Televisión frente a la cuota de pantalla

La Comisión Nacional de Televisión, luego de presentada las alternativas al sector de la televisión colombiana a finales de enero de 2012, estableció como plazo de recepción de respuestas el 3 de febrero de 2012. Cumplido el plazo fijado por la Comisión Nacional de Televisión, la misma publicó a mediados de marzo la postura del sector de la televisión colombiana. De 85 respuestas, el 56% optó por no levantar progresivamente los porcentajes mínimos de emisión de programación de producción nacional; el 11% eligió la liberalización progresiva a cuatro años propuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina; el 9% se inclinó por la adopción del porcentaje mínimo de emisión del treinta por ciento a fin de aplicar lo establecido por el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y; el 11% prefirió otras alternativas –no mencionadas por la Comisión Nacional de Televisión–. Basada en estos resultados, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, mediante Determinación 1794 de 2012, asumió como posición frente al proceso de liberalización del servicio de televisión, en especial de la cuota de pantalla, el aprovechar la presidencia *pro-tempore* de la Comunidad Andina –a cargo de Colombia–, para no promover la liberalización de la cuota de pantalla consagrada en el art. 33 de la LServpúbTv.

La cuestión es, sin embargo, cómo se podría aprovechar la presidencia *pro-tempore* de la CAN a cargo de Colombia, si ha sido la Comisión de la Comunidad Andina la encargada de regular el proceso de liberalización de servicios, especialmente el relacionado con las telecomunicaciones y la televisión. La presidencia *pro-tempore* en la Comunidad Andina tiene un doble efecto. Por un lado, otorga al ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, conforme al art. 4 inc. 1º de la Decisión 407 de 1997, el ejercicio de la presidencia del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores que lo facultaría, entre otros y conforme al art. 8 lit. e), a elaborar, con el apoyo de la Secretaría General de la Comunidad Andina, la agenda tentativa de las reuniones del Consejo y someterla a consideración del mismo. En la elaboración de dicha agenda, podría incluir, a petición de un Estado parte, el tema de la liberalización de la cuota de pantalla, a fin de someterla, conforme al art. 7 lit. g) de la Decisión 407 de 1997, a consideración del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores. Por otra parte, el presidente del Consejo de Ministros de Relaciones exteriores puede, a través del ejercicio de la secretaría *pro-tempore* del Consejo conforme a los arts. 7 lit. a) y 8 lit. b), preparar las reuniones del Consejo Presidencial Andino, incluyendo en dicha preparación, la discusión de la prórroga de la suspensión del plazo de la liberalización de la cuota de pantalla.

3. El obstáculo de la prórroga: el TLC con Estados Unidos

La propuesta de la Comisión Nacional de Televisión, si bien se desarrolla conforme al marco normativo de la Comunidad Andina y dentro del plazo determinado, tiene un obstáculo en frente. Recientemente, el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica aprobó el Tratado de Libre Comercio negociado con Colombia, entrando así en pleno vigor tanto en sendos países. En dicho Tratado, el capítulo 11 consagra la liberalización de servicios en general y, mediante el anexo I sobre medidas disconformes, se estableció que el art. 33 de la LServpúbTv constituye un obstáculo para el libre comercio del servicio de televisión en el país colombiano.

La determinación de la constitución del art. 33 de la LServpúbTv como medida disconforme al TLC con Estados Unidos llevó al Ministerio del Interior, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, así como al Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones, a presentar el proyecto de ley 201 de 2012, en el cual, se pretende modificar el art. 33 de la LServpúbTv. El proyecto de ley 201 de 2012, en su art. 21, busca cambiar el porcentaje mínimo de emisión de programación de producción nacional durante los sábados, domingos y festivos, de 10.00 a 22.30 horas, de un 50% a un 30%. Como sustento de la modificación de la cuota de pantalla en este horario, el proyecto argumenta que existe una medida disconforme con las obligaciones contraídas con Estados Unidos y, por tanto, para ajustar la legislación colombiana a las obligaciones contenidas en el TLC, se hace necesaria una reforma legal a la cuota de pantalla en Colombia.

Este proyecto, que pareciese ser un poco apresurado, refleja, en cierta medida, un cierto grado de improvisación y descuido por parte del Gobierno Central colombiano. Por un lado, el proyecto 201 de 2012 no tiene presente la existencia de otras obligaciones de liberalización de servicios que debe cumplir Colombia con distintos países, con los cuales ha firmado también Tratados de Libre Comercio. Por ejemplo, el Capítulo 10 del Acuerdo Libre Comercio con Chile, establece también un trato nacional, conforme al art. 10.2 del Acuerdo de Libre Comercio con Chile, y una obligación de liberalización del comercio de servicios. Asimismo, el art. 902 del Acuerdo de Libre Comercio con Canadá consagra un trato nacional otorgado para los prestadores de servicios. Por otro lado, el proyecto 201 de 2012 desconoce las obligaciones contenidas en las Decisiones 439/98, 462 de 1999 y 659 de 2006, las cuales consagran también un trato nacional para los servicios y prestadores de servicios de los países miembros de la CAN.

Ante esta situación, podría argumentarse que, si bien en el art. 21 del proyecto de ley 201 de 2012 sólo se menciona la obligación de liberalización de la cuota

de pantalla contraída con Estados Unidos, la misma, debido a la redacción de la reforma, beneficiaría a los demás países con los cuales Colombia ha suscrito Acuerdos de Libre Comercio, como Canadá, Chile y los países miembros de la CAN. Sin embargo, esta argumento tiene una validez parcial pues, conforme lo ha manifestado la Comisión Nacional de Televisión, la obligación de liberalización de los porcentajes mínimos de emisión de programación de producción nacional no sólo cubre los días sábados, domingos y festivos de 10.00 a 22.30 horas, sino que también incluye el horario triple A de lunes a viernes y, por tanto, estaría incumpliendo parcialmente, una obligación contenida en la normativa andina. Por otro lado, el proyecto de ley 201 de 2012 desconoce un orden de prelación en el tiempo de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en la celebración de los Acuerdos de Libre Comercio³⁹. Si bien el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos se ha negociado desde hace varios años, antes de la entrada en vigencia del mismo ya existían acuerdos que consagraban la obligación de liberalización de servicios, en especial de televisión. Al omitir las obligaciones concertadas con otros países y sólo tener en cuenta las contraídas con Estados Unidos, se estaría enviando un mensaje a la comunidad internacional sobre la prevalencia de los Acuerdos de Libre Comercio, indicando que, no importan las obligaciones contraídas con otros países, serán atendidas con especial atención sólo aquellas contraídas con Estados Unidos, generando así un posible aire de desconfianza hacia Colombia. Ello dependerá, sin embargo, de las consideraciones que tenga el Congreso de la República de Colombia en la aprobación de dicho proyecto y del análisis que haga la Corte Constitucional al respecto.

CONCLUSIONES

La cuota de pantalla, como expresión del servicio público de televisión y como limitante de la libre competencia y al Derecho Fundamental de fundar medios masivos de comunicación, pareciese ser que se encuentra en un trasfondo más complejo que el económico. De acuerdo a la postura de la Corte Constitucional en sus distintas sentencias, la cuota de pantalla garantiza no sólo el fomento a la producción nacional, sino que garantiza el fomento de la cultura, valores y tradiciones del pueblo colombiano, y, por tanto, restringir la participación de producción de origen extranjero, más que proteger la inversión nacional en materia de programación, garantiza que la historia y cultura colombiana tengan un medio de difusión adecuado.

Esta concepción se desdibuja, sin embargo, bajo la figura de la liberalización del comercio de servicios, según el cual, las personas naturales o jurídicas

³⁹ Sobre la prelación de los Acuerdos de Libre Comercio, *vid.* PALOMARES (2001) pp. 149 y ss.

provenientes de los países miembros de los tratados de libre comercio o de los procesos de integración pueden participar económicamente de igual forma que los nacionales, sin consideración alguna de los aspectos culturales o históricos del país. Por ejemplo, si bien la CAN consagra la posibilidad de, mediante convenios de cooperación, afirmar la cultura de los países miembros, el fomento de la cultura es omitida en el proceso de liberalización de servicios y, en especial, de la Decisión 439 de 1998, la cual sólo pretende un trato nacional en materia de comercio de servicios y la prohibición de discriminación.

Asimismo, la cuota de pantalla ha puesto de manifiesto la situación contradictoria en la que vive el Estado colombiano en materia de manejo de los tratados de libre comercio. Mientras el Gobierno colombiano ha mostrado una total desatención en materia de liberalización de servicios en la CAN, con la aprobación del tratado de libre comercio se ha mostrado más que diligente, muestra que no ha hecho de igual forma ni siquiera con otros países, tales como Canadá, Chile y Suiza, con los cuales ya tiene un Acuerdo de Libre Comercio negociado y en vigencia, lo cual podría implicarle al Estado colombiano, una imagen negativa sobre cómo trata los acuerdos comerciales. Sin embargo, queda esperar que, por una parte, el Congreso de la República de Colombia considere, en el diálogo del proyecto de ley, asumir una posición más amplia, que tenga en cuenta los intereses nacionales, comunitarios (CAN) y comerciales (tratados de libre comercio), a fin de lograr una decisión armónica en materia de cuota de pantalla. Por otra parte, es de esperar las acciones que la CAN tomará en virtud del desarrollo de la cuota de pantalla en Colombia y del posible trato discriminatorio debido al trato preferencial que tiene Estados Unidos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSTOS SÁNCHEZ, Claudia (2010): “La Comunidad Andina: historia de sueños y desencuentros, una visión construida desde la prensa colombiana”, *Revista Diálogos de la Comunicación* (nº 79): pp. 37 – 47.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2000), “ponencia para primer debate a los proyectos de ley 34 y 38 del Senado”, *Gaceta Oficial* (nº 405) pp. 11 y ss. Disponible en <http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3>, fecha consulta: 4 abril 2012.

FUENTES, Alfredo (2006): “Situación actual y perspectivas de la Comunidad Andina”, *Revista Oasis* (nº 12). Disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/531/53101218.pdf>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

GUTIÉRREZ GÓMEZ, María Clara (2008): “Desarrollo normativo de las Telecomunicaciones en la Comunidad Andina”, GECTI (2008), *Derecho*

de las Telecomunicaciones (Bogotá, Editorial Temis y Ediciones Uniandes) pp. 31 – 71.

MONTERO PASCUAL, Juan José (2007): *Derecho de las Telecomunicaciones* (Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España) 573 pp.

PALOMARES GARCÍA, Jorge Ricardo (2011): “Perspectiva constitucional colombiana de la Comunidad Andina: la jurisprudencia constitucional del Acuerdo de Cartagena”, *Revista IUSTA* (No. 34): pp. 135 – 155.

SEBA B., Edna y GONZÁLEZ, Jorge Iván (2004): “El sentido de lo público y de la regulación de la televisión”, *Regulación y concesiones en la televisión colombiana: destellos y sombras*, Comisión Nacional de Televisión (Bogotá, Colombia) pp. 21 – 38.

TANGARIFE TORRES, Marcel (2002): *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina* (Baker&McKenzie, Bogotá, Colombia) 710 pp.

VILLAMIZAR PINTO, Hernando (2000): *Introducción a la Integración Económica* (Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, Colombia) 210 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decisión 439, Marco general de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, 17 de junio de 1998. Disponible en <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Decisión 510, Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios, Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, 30 de octubre de 2001, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (año XVIII n° 734), 22 noviembre 2001. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/GACE734.PDF>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Decisión 683, Prórroga de los plazos establecidos en los artículos 2 y 6 de la Decisión 659, Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, 21 mayo 2008, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (año XXV n° 1621), 22 mayo 2008. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1621.pdf>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Decisión 687, Prórroga de los plazos establecidos en los artículos 2 y 6 de la Decisión 659, Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, 2 julio 2008, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (año XXV n° 1632), 4 julio

2008. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1632.pdf>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Decisión 696, Suspensión de la liberalización en el sector de servicios financieros y porcentajes mínimos de producción nacional en servicios de televisión abierta nacional; y prórroga del plazo para que Bolivia presenta a la Comisión los proyectos de Decisión de los sectores que podrán ser objeto de trato preferencial, Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, 14 octubre 2008, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (año XXV n° 1664), 17 octubre 2008. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1664.pdf>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Decisión 718, Extensión de la suspensión de la liberalización en el sector de servicios financieros y porcentajes mínimos de producción nacional en servicios de televisión abierta nacional; y prórroga del plazo para que Bolivia presenta a la Comisión los proyectos de Decisión de los sectores que podrán ser objeto de trato preferencial, Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, 8 de septiembre de 2009, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (año XXVI n° 1752), 9 septiembre 2009. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1752.pdf>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Decisión 772, Extensión de la suspensión de la liberalización en el sector de servicios financieros y porcentajes mínimos de producción nacional en servicios de televisión abierta nacional; y prórroga del plazo para que Bolivia presenta a la Comisión los proyectos de Decisión de los sectores que podrán ser objeto de trato preferencial, Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, 9 de diciembre de 2011, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (año XXVII n° 2003). Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace2003.pdf>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Ley n° 182, por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones. *Diario Oficial (Colombia)*, 20 enero 1995.

JURISPRUDENCIA CITADA

Consejo de Estado, *Juan Carlos Gómez Jaramillo vs. Comisión Nacional de Televisión* (2001): 27 septiembre 2001, N° Radicación 11001-03-24-000-2000-6676-01(6676).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *CAN vs. Venezuela* (1999): 5 julio 2000, sentencia de acción de incumplimiento 0046-AI-1999. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (año XVII n° 592), 17 agosto 2000. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace592.pdf>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Corte Constitucional (Colombia), *Requerimiento respecto de la ley n° 182 por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones* (1996): 7 marzo 1996, sentencia N° C-093. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-093-96.htm>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Corte Constitucional (Colombia), *Requerimiento respecto de la ley n° 555 por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones, de 7 de febrero de 2000* (2001): 2 agosto 2001, sentencia N° C-815. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-815-01.htm>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Corte Constitucional (Colombia), *Requerimiento respecto de la ley n° 680 por la cual se reforman las leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de Televisión, de 11 de agosto de 2001* (2003): 5 agosto 2003, sentencia N° C-654. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-654-03.htm>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Corte Constitucional (Colombia), *Revisión Constitucional respecto de la ley n° 671 por medio de la cual se aprueba el 'Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa', de 30 de julio de 2001* (2002): 14 mayo 2002, sentencia N° C-369. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-369-02.htm>>, fecha consulta: 4 abril 2012.

Corte Constitucional (Colombia), *Objeciones Presidenciales al proyecto de Ley n° 154 por la cual se rinde homenaje al artista nacional, de 12 de diciembre de 2003* (2004): 3 febrero 2004, sentencia N° C-070. Disponible en <<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-070-04.htm>>, fecha consulta: 4 abril 2012.